

ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE
ELENA PÉREZ MARTÍN
(Directores)

Estudios sobre Derecho de extranjería

Instituto de Derecho Público
Universidad Rey Juan Carlos



Madrid 2005

LA FAMILIA EXTRANJERA DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN: UNA INMIGRACIÓN PRIVILEGIADA

Araceli Mangas Martín

Catedrática de Derecho Internacional Público,
Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario,
Universidad de Salamanca

Sumario

- 1.— Introducción: ciudadanía y nacionalidad. Relevancia del derecho interno para la determinación de la nacionalidad
- 2.— Unidad familiar y libre circulación: los nacionales de terceros Estados miembros de la familia de ciudadanos comunitarios. La Directiva 2004/38 y el Real Decreto 178/2003
 - 2.1. Concepto de miembros de la familia
 - 2.2. Matrimonios fraudulentos
- 3.— Examen de la práctica en la jurisprudencia del TJCE:
 - 3.1. Derecho de residencia del cónyuge extranjero fundado en el derecho de trato nacional o igualdad de trato del nacional de un Estado miembro: el caso Gül
 - 3.2. Derecho de residencia del cónyuge de un nacional comunitario que regresa a su país de origen: caso Singh
 - 3.3. Respeto a la vida familiar como fundamento principal del derecho de entrada, residencia y salida del territorio de un Estado Miembro
 - 3.4. Entrada o residencia ilegal y expulsión de miembros de la familia extranjera del comunitario
- 4.— Casos con fundamento en la institución de la ciudadanía de la UE:
 - 4.1. Respeto a la vida familiar del ciudadano comunitario residente en otro Estado miembro o en caso de divorcio
 - 4.2. Conducta delictiva del cónyuge, injerencia en la vida familiar y derecho de residencia
 - 4.3. Derecho de residencia de la progenitora extranjera de una ciudadana de la UE
- 5.— La proyección de la práctica sobre el nuevo régimen jurídico de la familia extranjera del ciudadano de la Unión: la Directiva 2004/38

1. INTRODUCCIÓN: CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD. RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD

El derecho más elemental del ciudadano en el marco de la UE es el de libre circulación y residencia por todo el territorio de los EEMM. Derecho que se funda en el Tratado CE y está sometido a las limitaciones y condiciones previstas en los propios Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

La vigente normativa de desarrollo del derecho ha superado el enfoque sectorial y económico del derecho de libre circulación y residencia limitado hasta 1993 para los agentes económicos.

La institución de la ciudadanía de la UE supuso un giro importante que se ha materializado conforme la jurisprudencia del TJCE ha ido metabolizando esa institución y deduciendo consecuencias jurídico-políticas de gran trascendencia. La normativa anterior a 2004 tampoco facilitaba la protección de este derecho al estar dispersa y fragmentada en una multiplicidad de directivas (trabajadores y sus familias -1612/68 y 68/360-, establecimiento y prestación de servicios -73/148-, orden público -64/221-, pensionistas -90/365-, estudiantes -93/96-, rentistas -90/364-), alejadas del enfoque político de la institución de la ciudadanía de la UE.

Una nueva Directiva refunde el conjunto del derecho derivado en vigor y lo codifica y desarrolla: la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004. El derecho de libre desplazamiento y residencia no se relaciona ya con circunstancias laborales o económicas, sino que desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión europea, 1 de noviembre de 1993, es un derecho universal de todo ciudadano.

Las consecuencias de esa institución han ido calando muy lentamente en la vida de los ciudadanos de los Estados miembros (en adelante, EEMM) y de sus familias, especialmente cuando éstas tienen la nacionalidad de terceros Estados. Su penetración en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dado resultados cada vez más espectaculares.

En efecto, desde la sentencia *Martínez Sala*² o la sentencia *Grzelczyk*³ el Tribunal comunitario se ha servido de la institución de la ciudadanía para cohesionar los derechos económicos y sociales de todos los ciudadanos que ejercen el derecho de libre circulación y residencia en cualquier otro Estado miembro.

La actividad económica ya no es trascendental y cualquier nacional de un Estado miembro puede invocar los derechos del Tratado sin estar condicionado a una concreta actividad económica para beneficiarse el mismo ciudadano y su familia extranjera. El estatuto común a los nacionales de los EEMM es el de ciudadanía de la UE, lo que les permite acceder a los mismos derechos que otros ciudadanos que se encuentren en la misma situación, cualquiera que sea su actividad laboral.

Los derechos de ciudadanía, merece la pena recordarlo, no se limitan a los enumerados en los art. 18 a 22 del Tratado CE; incluso, el de libre circulación y residencia en otros EEMM comporta no solo el derecho a entrar y salir, residir permanentemente y desempeñar un trabajo por cuenta propia o ajena, sino a disfrutar de los derechos y ventajas reconocidos en los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 (tal como han sido

¹ DO L 229 de 29 de junio de 2004. El plazo de transposición expira el 30 de abril de 2006.

Gran parte de sus disposiciones son aplicables en la actualidad, en la medida en que refunde disposiciones en vigor o incluye en el articulado derechos o situaciones ya deducidos en la jurisprudencia del TJCE.

² TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, C-85/96.

³ TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-184/99.

modificados) y, lo que es más importante, el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE)⁴.

La posesión de la nacionalidad de un Estado miembro se constituye así en el fundamento determinante de los estatutos jurídicos del ciudadano de la UE y se proyecta sobre su familia extranjera.

Conviene recordar entonces que la determinación de la nacionalidad es esencial. El art. 17 del TCE atribuye automáticamente la ciudadanía de la UE a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro; esta ciudadanía es complementaria de la nacionalidad y no la elimina ni la sustituye. La ciudadanía de la UE no es única, sino común y no solo coexiste sino que la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro es la condición *sine qua non* de la ciudadanía de la UE.

El problema se traslada entonces a las reglas de nacionalidad de cada Estado miembro. El Tratado no altera el derecho incuestionable de cada Estado soberano de determinar quienes son sus nacionales. El mismo Tribunal de Justicia confirma, como no podía ser de otro modo, que la determinación de la nacionalidad es una competencia exclusiva del Estado miembro⁵ según un "principio de derecho consuetudinario internacional": sólo el derecho interno es relevante para saber quien es nacional de un Estado miembro.

Ciertamente, el Tribunal no se ha planteado hasta ahora la posibilidad de controlar el respeto, por parte del Estado, al Derecho internacional y al propio Derecho comunitario. El Tribunal se ha remitido, sin más cuestionamiento sobre su valor y alcance, a una Declaración (nº 2 anexa al Acta Final del Tratado de Maastricht) en la que los EEMM acuerdan que "la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario".

Por ello en el citado caso *Manjit Kaur* fue relevante una Declaración unilateral depositada por el Reino Unido en la que define quienes son nacionales británicos a efectos de la libre circulación, a los que diferencia de los "ciudadanos británicos de Ultramar" (tal era la situación de la señora de origen keniano) que no tienen derecho a entrar ni residir en el Reino Unido sin previa autorización. De este caso cabe preguntarse por qué el Tribunal comunitario no se plantea hasta qué punto es admisible que un Estado no reconozca el derecho fundamental de todo ciudadano de entrar y salir del Estado del que es nacional. O la generosidad o irresponsabilidad de algunos

⁴ Sobre esos derechos, vid. A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, "La ciudadanía de la Unión y su estatuto", en *Instituciones y Derecho de la Unión europea*, Tecnos, Madrid, 2005.

⁵ TJCE, sentencias de 7 de julio de 1992, *Micheletti*, C-369/90 (ap. 10) y de 20 de febrero de 2001, *Manjit Kaur*, C-192/99 (ap. 19): "la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario".

Estados al conceder la nacionalidad con alegría, por ejemplo, mediante la regla del *ius soli*, lo que da lugar a situaciones cuando menos insólitas, que si se generalizasen serían alarmantes (como el caso Chen que veremos al final de este trabajo). Pero la inhibición del Tribunal respecto del control del respeto al Derecho Internacional por los EEMM en esta materia es otra cuestión; de muchísimo interés, muy criticable, sin duda, pero para otro momento y lugar...

2. UNIDAD FAMILIAR Y LIBRE CIRCULACIÓN: LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS MIEMBROS DE LA FAMILIA DE CIUDADANOS COMUNITARIOS. LA DIRECTIVA 2004/38 Y EL REAL DECRETO 178/2003

Si con anterioridad a la novación política que produjo el estatuto de ciudadanía en el derecho de libre circulación, el derecho siempre se extendió y reconoció a la *familia del agente económico* por razones de dignidad y libertad, ahora por las mismas razones de protección del derecho a la vida familiar y la unidad de la familia, la normativa protege igualmente el desplazamiento y residencia de la familia del ciudadano comunitario. Aunque con una mayor preocupación por la definición de los miembros de la familia que van a disfrutar de los mismos derechos o casi los mismos que el propio ciudadano.

Es obvio decirlo, pero el derecho al respeto de la vida familiar no depende de la nacionalidad de los miembros de la familia del ciudadano comunitario. Además, resulta aún más obvio recordar que si los miembros de la familia del ciudadano comunitario son también comunitarios, su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los EEMM les corresponde por derecho propio, aunque si tuvieran alguna dependencia económica su vinculación con el ciudadano-agente económico (beneficiario del derecho de residencia con carácter principal) supliría el requisito de no ser una carga económica para el país de acogida.

Pero el supuesto general de este trabajo y estas reflexiones es que los miembros de la familia del *ciudadano comunitario no tienen nacionalidad de ningún Estado miembro*, son extranjeros, es decir, nacionales de terceros Estados ajenos a la UE.

El segundo supuesto que debe tenerse en cuenta para justificar la aplicación de normas comunitarias es el del ejercicio de la libre circulación (del trabajador, del servicio o el establecimiento en otro Estado miembro). Cuando estamos ante situaciones puramente internas sin conexión con las libertades comunitarias el derecho aplicable es el interno en materia de inmigración y extranjería. Esto es importante. Otra cosa es que en la práctica el Tribunal haya afinado en sus razonamientos y se haya esforzado por encontrar la *conexión* comunitaria (posible destinatario de servicios, servicios que se prestan sin necesidad de desplazamiento...).

2.1 Concepto de miembros de la familia

Cómo la Directiva 2004/38 es una norma que rige en caso de libre circulación y residencia, los derechos que establece son invocables por los ciudadanos comunitarios siempre que se desplacen o residan en un Estado miembro distinto del que tengan la nacionalidad y por los miembros de su familia —nacionales o extranjeros— que le acompañen o se reúnan con él.

La Directiva centra una buena parte de su interés normativo en la familia del ciudadano, en especial en la familia "extranjera" del ciudadano comunitario. A estos efectos define qué debe entenderse por "miembros de la familia" (art. 2.2)⁶:

- el *cónyuge*, así como la pareja con la que el ciudadano comunitario tenga una *unión registrada*. No acepta cualquier convivencia *more uxorio* o mera pareja de hecho, sino una convivencia aceptada y regulada por el Estado de acogida como unión equivalente al matrimonio. Esta es una condición importante.
- Los *descendientes* directos menores de 21 años o a cargo del matrimonio o pareja registrada, así como los descendientes del cónyuge.
- Los *ascendientes* directos a cargo del ciudadano comunitario y los del cónyuge o pareja registrada.

Es una descripción precisa y restrictiva por lo que contempla su posible flexibilización con una invitación a que los EEMM abran su protección a otras personas miembros de la familia del ciudadano comunitario que no entre en la anterior definición pero que se trate de personas que

- viven o están a cargo o sea indispensable por motivos de salud que el ciudadano comunitario beneficiario del derecho de residencia se haga cargo de esas personas,
- o se trate de la pareja que sin ser registrada mantenga una relación estable debidamente probada.

En estos casos (los "otros" miembros de la familia) los EEMM facilitarán la residencia de estas personas, pero no están obligados a hacerlo, si bien la denegación de residencia en estos casos deberá estar justificada (art. 3.2).

En esta materia la Directiva ya es relevante, aunque en el momento de redactar este trabajo faltan algunos meses para agotar el plazo de transposición. En España tiene relevancia también el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero (BOE de 22 de febrero), sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros (y del Espacio Económico Europeo) pues regula la noción de miembros de la familia, si bien lo hace de forma algo diferente a la Directiva por lo que antes de expirar el plazo

⁶ No es muy diferente del vigente art. 10 del Reglamento 1612/68, al que deroga, junto al art. 11.

de transposición debería ser modificado el RD 178/2003 o, en su caso, se podrá invocar la Directiva.

La disonancia estriba en la consideración del cónyuge, que el RD condiciona a que no estén separados de derecho, condición que no exige la Directiva y es contraria a la jurisprudencia ya dada por el Tribunal comunitario⁷. Esta condición reaparece machaconamente en la consideración de los descendientes y ascendientes. La separación de derecho de los cónyuges, ni les afecta a ellos ni a hijos ni progenitores.

2.2. Matrimonios fraudulentos

Como veremos el derecho de residencia y otros derechos como el de desempeñar una actividad laboral para la familia *extranjera* del ciudadano comunitario se funda en el derecho fundamental a contraer matrimonio, fundar una familia y a que su vida familiar sea respetada.

Ahora bien, si el matrimonio se celebra no por esa motivación natural, sino como un medio para eludir las normas sobre entrada y residencia en la UE por parte de nacionales de terceros países, con o sin la complicidad de ciudadanos de la UE, entonces estamos ante un *matrimonio fraudulento*. Esta situación también podría producirse si el matrimonio se celebra con esa finalidad entre un extranjero con residencia legal en un Estado miembro y un nacional de un tercer Estado. En este trabajo me centraré en el primer supuesto, es decir, uno de los cónyuges (o un miembro de la familia) es ciudadano comunitario.

Para desenmascarar estos casos se adoptó una Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deben adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos⁸. En ella se dan instrucciones a los Estados para que comprueben, a través de una serie de factores, si el matrimonio es fraudulento en aquellos casos en los que se perciban presunciones fundadas. Naturalmente, los EEMM pueden establecer otros controles para prevenir tales matrimonios y establecer otros controles. En todo caso, ofrece los factores que, una vez celebrado el matrimonio, permiten presumir que es fraudulento, como son el no mantenimiento de la vida en común, la ausencia de contribución económica para el sostenimiento de la casa, el hecho que se conocieran a partir del matrimonio, el desconocimiento de sus circunstancias familiares, el no compartir una lengua común, el pago de una cantidad importante de dinero —distinta a la dote exigida por ciertas culturas—, etc.

Sólo si se comprueba que no es fraudulento se podrán expedir las autorizaciones de residencia. Si se estima que es fraudulento, se retirará o no se renovará el permiso

⁷ Ver los epígrafes 3 y 4 en los que se examina esa jurisprudencia.

⁸ D.O. C 382 de 16 de diciembre de 1997; los EEMM aceptaron —sin obligación formal— adaptar su legislación en la materia antes de 1 de enero de 1999.

de residencia, si bien la persona afectada podrá recurrir la medida ante una autoridad administrativa o judicial.

Se observa en innumerables sentencias cómo el juez nacional al plantear el prejudicial se extiende en consideraciones sobre la franqueza de la relación matrimonial como una cuestión previa a la tutela de los derechos del ciudadano comunitario y de su familia extranjera. Y esa calificación de no fraudulento es tomada en cuenta por el Tribunal de Justicia (en adelante, TJCE).

3. EXAMEN DE LA PRÁCTICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

3.1 Derecho de residencia del cónyuge extranjero fundado en el derecho de trato nacional o igualdad de trato del nacional de un Estado miembro: el caso *Gül*⁹

El señor Gül era un médico chipriota —Chipre no ha ingresado en la UE hasta 2004— autorizado a residir en Alemania para especializarse en anestesiología; se le prorrogó el derecho de residencia y el permiso de trabajo. Había contraído matrimonio con una británica. En 1983 el Ayuntamiento le deniega el permiso de residencia y de trabajo basándose en que había numerosos médicos en paro; la normativa alemana en aquel momento permite conceder el permiso de residencia y trabajo a médicos extranjeros casados con ciudadanos alemanes, pero no con nacionales de otros Estados. Obsérvense las características del caso y el contexto temporal.

El demandante invoca el art. 11 del Reglamento 1612/68 que prevé el derecho del cónyuge —cualquiera que sea su nacionalidad— de acceder a las actividades asalariadas. El Tribunal comunitario estima, a la vista de ese precepto— que su finalidad es eliminar los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, especialmente en lo que concierne al derecho del trabajador de vivir con su familia y que ésta se integre en el país de acogida. Se trata así de asegurar la libre circulación de los trabajadores: es un derecho fundamental de la trabajadora británica el vivir con su familia y obtener un trato nacional ella y su cónyuge. En esta sentencia el fundamento del derecho de residencia del extranjero chipriota es el principio de no discriminación o del trato nacional de todo nacional de un Estado miembro cuando ejerce su derecho de libre circulación para ejercer un trabajo; si a los cónyuges extranjeros de los ciudadanos alemanes se les da permiso de residencia y trabajo, el mismo trato se debe reconocer a un comunitario (británica casada con un extranjero); la igualdad de trato de los nacionales comunitarios se extiende a su cónyuge.

⁹ TJCE, sentencia de 7 de mayo de 1986, Gül c. Regierungspräsident, 131/85.

3.2. Derecho de residencia del cónyuge de un nacional comunitario que regresa a su país de origen: caso Singh¹⁰

En este caso, un extranjero, de la India, había contraído matrimonio con una británica. Residieron durante cierto tiempo en Alemania donde trabajaron por cuenta ajena. Después de un tiempo regresan al Reino Unido para trabajar por cuenta propia en una actividad mercantil. Y se divorciaron. Las autoridades británicas le denegaron al esposo el permiso de residencia permanente y poco después ordenaron su expulsión del Reino Unido.

El señor Singh recurre alegando que disfrutaba del derecho de residencia fundado en el Derecho comunitario como esposo de una ciudadana británica. El Tribunal declara, en el mismo sentido, que un ciudadano, como era el caso de esta británica, que se ha desplazado a otro Estado miembro para ejercer una actividad laboral y que regresa para ejercer una actividad por cuenta propia, tiene derecho a ser acompañado por su cónyuge.

El Gobierno británico estimaba que un nacional tiene derecho a entrar y residir en su Estado de origen en virtud de los derechos que lleva aparejados su nacionalidad¹¹ y no en virtud del derecho comunitario. Lo que es enteramente cierto.

Pero la clave diferenciadora está en que la ciudadana británica ha ejercido un derecho comunitario, el de libre circulación y establecimiento. Y éste derecho no puede producir plenamente efectos si ese ciudadano se ve impedido de ejercer ese derecho por los obstáculos puestos, en su país de origen, a la entrada y a la residencia de su cónyuge. Para el Tribunal "el cónyuge debe, por lo menos, disfrutar de los mismos derechos que le serían otorgados por el Derecho comunitario si su esposo o esposa entrara o residiera en el territorio de otro Estado miembro".

Obsérvese que ya en 1992 el Tribunal estimada irrelevante a efectos del derecho de residencia del extranjero el eventual divorcio del matrimonio; sin embargo, la legislación española sigue denegando el derecho de residencia en caso de divorcio. El Tribunal, ni en este ni en posteriores casos, ofrece una motivación para perpetuar el derecho de residencia del cónyuge extranjero divorciado. Se puede intuir, especialmente si hay hijos comunes, pero en todo caso al divorciarse, el Derecho comunitario no agrava las consecuencias mismas del divorcio. Sería dar una "ventaja" al comunitario, pues tras conseguir el divorcio logra al tiempo la expulsión de su cónyuge extranjero. Permítaseme decir de forma gráfica, consigue perderlo completamente de vista al echarlo de casa... y del país...

También sorprende la importancia del hecho de que el cónyuge británico se fuera a vivir y trabajar a Alemania y luego regrese. Al haberse ejercido el derecho de libre circulación cambia drásticamente el estatuto de su cónyuge: si hubieran per-

¹⁰ TJCE, sentencia de 7 de julio de 1992, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh*, C-370/90.

¹¹ Cfr. con el caso *Manjit Kaur* comentado supra.

manecido en el Reino Unido, producido el divorcio, no habría podido impedir la expulsión.

3.3. Respeto a la vida familiar como fundamento principal del derecho de entrada, residencia y salida del territorio de un Estado Miembro

En la sentencia *Carpenter*¹², se plantea la situación creada por la señora Carpenter, de nacionalidad filipina, que entra en el Reino Unido en 1994 como visitante por un período de seis meses; finalizado este tiempo, permaneció sin solicitar prórroga de su permiso de residencia. En 1996 contrae matrimonio con un británico, quien dirige una empresa que desarrolla un parte de su trabajo en otros Estados miembros a los que se desplaza el señor Carpenter, aunque sin residir fuera. La esposa solicitó permiso de residencia como cónyuge de un ciudadano británico; le fue denegado y emitida una orden de expulsión.

Recurrió la orden de expulsión alegando que disfrutaba del derecho a residir fundado en el Derecho comunitario debido a que su esposo debía desplazarse a otros Estados miembros por motivos de trabajo, para prestar y recibir servicios, y podía hacerlo más fácilmente desde que ella se ocupaba de los hijos de aquél nacidos en una primera unión, de modo que su expulsión restringiría el derecho de su esposo a efectuar y recibir las prestaciones de servicios.

La autoridad de inmigración reconoce que el matrimonio es auténtico y que ella se ocupa de los hijos y que el señor Carpenter tiene derecho a ser acompañado por su esposa. Pero estima que al residir en el Reino Unido no puede acogerse al derecho de libre circulación. El caso es diferente al del médico chipriota o al caso *Singh* cuyas esposas británicas habían abandonado el país de origen; el señor Carpenter no reside en otro Estado miembro, en cuyo caso tendría derecho de residencia su esposa filipina en ese otro Estado y derecho a entrar y volver al Reino Unido y fijar de nuevo la residencia allí, si su esposo decidiese volver y residir en su Estado de origen. El señor Carpenter no se ha establecido en otro Estado miembro sino que se limita a prestar servicios desde su Estado de origen. Para la Comisión era un caso puramente interno y se debía aplicar el Derecho nacional: no había conexión comunitaria.

Sin embargo, el TJCE sí encontró *conexión*, dado que la prestación de servicios en el sentido del art. 49 TCE tiene lugar tanto si el prestador se traslada con ese fin al Estado miembro del destinatario como si presta los servicios transfronterizos sin desplazarse del Estado en el que está establecido. Luego, puede ser invocado por un prestador con respecto al Estado en el que esté establecido, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro.

¹² TJCE, sentencia de 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, C-60/00.

El ejercicio de la libertad de prestación de servicios puede verse obstaculizada si en su país de origen le dificultan o impiden la entrada y residencia de su cónyuge. La decisión de expulsión de la esposa constituye una injerencia en el ejercicio por el señor Carpenter de su derecho al respeto de su vida familiar, fundado en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH). Reconoce el TJCE que el Convenio no garantiza como tal ningún derecho a favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, pero excluir a una persona de un país en el que vive su familia infringe un derecho fundamental protegido por el Derecho comunitario (art. 6.2 TUE). Entiende que el Reino Unido no ha justificado dicha injerencia conforme permite el Convenio (las excepciones al respeto a la vida familiar deben estar previstas en la ley, justificadas por una necesidad imperiosa y proporcionadas a la finalidad legítima perseguida). La expulsión de la esposa no respeta un justo equilibrio entre los intereses en conflicto: el respeto a la vida familiar y la defensa del orden público y la seguridad pública. En efecto, la infracción a las leyes británicas sobre inmigración no es suficiente motivo para estimar la permanencia como un peligro.

El Tribunal, en su fallo, estima que el art. 49 TCE debe interpretarse a la luz del derecho fundamental del respeto a la vida familiar por lo que el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese Estado y desde el que presta los servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, no puede denegarle la residencia en su territorio al cónyuge nacional de un país tercero.

En este caso observamos varias cuestiones de interés: así, que la infracción administrativa (residencia ilegal) no puede ser sancionada con la expulsión en estos casos; que aunque aparentemente no se ha ejercido el derecho de libre circulación residiendo en otro Estado y, por tanto, la situación es puramente interna, en la que regirían las estrictas normas internas sobre extranjería, sin posibilidad del invocar el derecho comunitario, el Tribunal la califica como regida por el derecho comunitario al vender desde el Reino Unido buena parte de los servicios de la empresa (publicidad) a personas establecidas en otros Estados miembros. El razonamiento es correcto y hay que agradecer la elipsis del Tribunal al ligar el respeto a la vida familiar al hecho económico de la concreta actividad de la empresa (venta de servicios de publicidad fuera del Reino Unido); pero si la empresa del señor Carpenter tuviera su actividad únicamente en el Reino Unido, su esposa no hubiera tenido protección del Derecho comunitario y hubiera quedado al albur de las estrictas normas británicas sobre extranjeros que infringen las normas de inmigración.

Formalmente nada que objetar, pues es cierto que la normativa comunitaria relativa a libre circulación de trabajadores, servicios y establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. Pero es que el Tribunal alega un derecho fundamental, el del respeto a la vida familiar que no puede depender del destinatario

del servicio. Es un bien superior que merece protección en sí mismo y no puede depender de los efectos de una actividad económica. Es cierto también que, en una situación puramente interna, la protección de los derechos fundamentales no le corresponde al TJCE sino a los tribunales británicos y al Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

3.4. Entrada o residencia ilegal y expulsión de miembros de la familia extranjera del comunitario

La asociación belga "Movimiento contra el racismo, el antisemitismo y la xenofobia" interpuso un recurso de anulación contra el Estado belga a fin de que se anulase una circular de los Ministerios de Interior y de Justicia de 1997 sobre edictos matrimoniales, sobre documentos que deben aportarse para obtener un visado a fin de contraer matrimonio o para la expedición de visados de reagrupación familiar. La asociación estimaba que varios puntos de esa circular eran contrarios a directivas comunitarias sobre desplazamiento y residencia en la UE. El Consejo de Estado belga solicitó la interpretación prejudicial del TJCE¹³.

Una primera cuestión afectaba a la exigencia de visado obtenido en el país de origen del extranjero casado con un nacional de un Estado miembro. La asociación estimaba que el visado debe obtenerse en Bélgica mismo sin tener que regresar a su país de origen. El Tribunal estima que, conforme a las Directivas en vigor (68/360 y 73/148), la entrada de los nacionales de terceros países, miembros de la familia del ciudadano comunitario que ejerce su derecho de libre circulación, puede supeditarse a la posesión de un visado cuando procede de Estados incluidos en la lista establecida por la normativa comunitaria¹⁴. Pero a su vez esas directivas precisan que los EEMM otorgarán a estas personas toda clase de facilidades para obtener los visados que necesiten. Tales visados se expedirán a la mayor brevedad y, en la medida de lo posible, en los lugares de acceso al territorio nacional. Pero la denegación de entrada, habida cuenta las consecuencias que tendría en la vida familiar, constituye una medida desproporcionada y, en consecuencia, prohibida. Lo que importa es que el extranjero pueda probar su identidad y su vínculo familiar y que no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

Ligado a la situación anterior, la asociación impugnaba la expulsión del territorio nacional del cónyuge extranjero por residencia ilegal. Supone la exigencia de abandono del territorio para obtener el visado. Tiene interés el énfasis que pone el Tribunal en reafirmar en que cuando se expide un permiso de residencia a un nacional de otro Estado miembro como a un extranjero miembro de la familia de un comunitario, tal expedición del permiso no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino

¹³ TJCE, sentencia de 25 de julio de 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisemitisme et la xenophobie*, C-459/99.

¹⁴ Reglamentos 539/2001 y 851/2005.

un acto de reconocimiento por parte de un Estado miembro de la situación individual en relación con las disposiciones del Derecho comunitario.

Es cierto que las autoridades pueden requerir el documento a cuyo amparo entraron en el territorio y que a falta del documento adecuado pueden imponer sanciones adecuadas —proporcionadas— para garantizar la eficacia de las disposiciones de entrada de extranjeros. Pero no pueden imponer la desproporcionada sanción de la expulsión por el incumplimiento de las formalidades legales relativas al control de extranjeros. Una decisión así, estima el TJCE, es desproporcionada al menoscabar la propia esencia del derecho de residencia y es manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad de la infracción. Para el TJCE incumplir las formalidades legales sobre el acceso, el desplazamiento y la residencia de extranjeros no puede dar lugar, por sí mismo, a la expulsión o a la negación del permiso de residencia.

Una tercera situación abordada se refiere a los documentos, inicialmente válidos, pero más tarde caducados. La Directiva 64/221 dispone que la caducidad del documento de identidad utilizado para residir legalmente no puede justificar la expulsión del territorio. Para el Tribunal la expedición de un permiso de residencia a su favor no puede quedar supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido; el Estado debe reconocer el derecho a permanecer en el territorio con independencia del documento al amparo del cual hayan entrado en el territorio de dicho Estado miembro¹⁵. Además la expulsión, basada únicamente en la caducidad del visado, constituye una sanción manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad del incumplimiento de las normas nacionales en materia de control de extranjeros.

La cuarta cuestión planteada afecta al derecho fundamental de *tutela judicial efectiva* pues en la práctica las autoridades belgas deniegan el derecho de solicitar una revisión a los miembros extranjeros de la familia del comunitario cuando carecen de visado o éste ha caducado. La Directivas comunitarias (64/221) exigen que se examine no solo la legalidad de la decisión, sino los hechos y circunstancias, incluida la oportunidad de la medida proyectada. Para el Tribunal, en la esfera del Derecho comunitario, la exigencia de un control jurisdiccional de cualquier decisión de una autoridad nacional constituye un principio general que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y consagrado en el CEDH.

Todas son respuestas en abstracto, examinando la normativa y la práctica belga y en las que no se menciona la situación respecto al Derecho comunitario del nacional comunitario; siempre se refiere a "nacionales de un Estado miembro" sin apostillar que haya ejercido su derecho de libre circulación, es decir que no sean belgas, o que siendo belgas hayan ejercido previamente su derecho de libre circulación en otro Estado miembro.

¹⁵ TJCE, sentencia de 5 de marzo de 1991, Giagounidis, C-376/89.

4. CASOS CON FUNDAMENTO EN LA INSTITUCIÓN DE LA CIUDADANÍA DE LA UE

4.1 Respeto a la vida familiar del ciudadano comunitario residente en otro Estado miembro o en caso de divorcio.

En los asuntos *Baumbast* y *R*¹⁶ se plantean dos situaciones familiares semejantes. Por un lado la Señora Baumbast, de nacionalidad colombiana, casada con un alemán residente en el Reino Unido (en adelante, R.U.); ella tenía una hija de nacionalidad colombiana, más otra nacida del matrimonio con el señor Baumbast con doble nacionalidad —colombiana y alemana—. Debido a dificultades de su empresa, y al no encontrar trabajo en el R.U., pasó a trabajar para sociedades alemanas en el extranjero, si bien la vivienda familiar y la formación escolar de las hijas proseguía en el R.U. y estaban cubiertas por un seguro médico.

Al solicitar la madre el permiso de residencia por tiempo indefinido le fue denegado y recurrió; la autoridad de inmigración estima que su esposo no era un trabajador ni una persona que tuviera un derecho general de residencia a la luz de la Directiva general 90/364. Aceptó, sin embargo, que las hijas disfrutaban de un derecho de residencia en virtud del art. 12 del Reglamento 1612/68 (derecho a la escolaridad en el Estado de acogida aún cuando los padres se separen y el comunitario ya no sea trabajador en el Estado de acogida).

Para el Tribunal se concedieron los permisos en virtud del Derecho británico y no del Derecho comunitario y se le denegó al esposo y padre. Denegar el permiso puede disuadir al ciudadano de ejercitar los derechos de libre circulación e impedir que continúe la escolarización de los hijos. Igualmente hacer distinciones entre hijos comunes y los del cónyuge extranjero no está justificado pues el Reglamento 1612/68 (art. 10 y 12) incluye en sus beneficios a unos y otros. Y a la luz del respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) y del derecho a continuar su escolaridad en las mejores condiciones (art. 12 del Reglamento 1612) la denegación a los progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido. Pero para la Comisión, del art. 12 no puede deducirse un derecho de residencia a favor de la madre ni del padre, puesto que la posesión de la cualidad de trabajador migrante es una condición *sine qua non*.

Sin embargo, para el Tribunal, esa condición ya no es precisa para disfrutar de un permiso de residencia a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y su institución de la ciudadanía de la Unión. La vocación del estatuto de ciudadano de la UE —afirma el Tribunal de forma lapidaria— es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y el derecho de residencia esta reconocido *directamente* por el art. 18 TCE; aunque puede estar sujeto a ciertas condiciones y limitaciones, el señor Baumbast cumple tales condiciones (seguro de enfermedad y

¹⁶ TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, R. c. Secretary for the Home Department, C-413/99.

recursos suficientes), aunque su seguro no cubre los cuidados médicos de urgencia, pero privarle del derecho de residencia sólo por este motivo constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio de este derecho. Luego, aunque como trabajador migrante ya no goce del derecho a residir en el R.U., tiene el derecho de residencia fundado en el art. 18 TCE.

Por otro lado, en el asunto *R*, una norteamericana casada con un francés, del que tuvo dos hijas, con doble nacionalidad francesa y norteamericana, residían en el Reino Unido. Se divorciaron en 1992 y continuaron viviendo el dicho país. La madre solicitó residencia indefinida para ella y sus hijas; le fue concedido a las hijas como miembros de la familia del trabajador migrante en virtud del Derecho británico; sin embargo, aunque ha habido un divorcio, el padre continúa ejerciendo una actividad laboral en el Reino Unido acogida al Derecho comunitario, por lo que le son aplicables los art. 10 y 12 del Reglamento 1612 y las hijas —que vienen con la madre— continúan teniendo el derecho a residir e ir a la escuela en el Reino Unido, aunque no vivan permanentemente con el padre. En efecto, no hay que hacer una lectura restrictiva y sin sentido del Reglamento, cuando establece que la familia del trabajador migrante tendrá derecho a instalarse con el trabajador.

Para *R* la negativa a darle el permiso de residencia vulneraría los derechos, que reconoce a sus hijas el Derecho comunitario, a ser educadas y a residir en el Reino Unido, así como el derecho a una vida de familia. Ella contrajo segundas nupcias con un británico en 1997. Para el Tribunal lo importante, el trasfondo de los art. 10 y 12 es que el Consejo tuvo en cuenta la importancia que reviste para el trabajador, desde el punto de vista humano, la reagrupación en torno suyo de su familia y la importancia que reviste desde cualquier punto de vista la integración del trabajador y de su familia en el Estado de acogida, sin que exista diferencia de trato en relación con los nacionales¹⁷. No tiene sentido que el Reglamento dé derecho de residencia y escolaridad a los hijos mientras los progenitores pueden perder sus derechos de estancia por el divorcio (caso *R*) o por dejar de trabajar en ese país (caso *Baumbast*). Nótese, una vez más, como el divorcio y un nuevo matrimonio no hace perder al cónyuge extranjero su condición de miembro de la familia del comunitario, diferencia muy clara respecto de la normativa española (RD. 2003).

En definitiva, el divorcio y cualquier otra circunstancia posterior no tiene incidencia o relevancia o el hecho de que los hijos sean o no ciudadanos de la UE. Si la única base de la permanencia de los hijos es el art. 12 (escolaridad), debe entenderse que esa disposición da derecho a su progenitor extranjero a residir con ellos.

Además de algunas observaciones ya hechas sobre la similitud y divergencias de ambos casos, se constata que si hay una base jurídica concreta, ligada a una actividad

¹⁷ En este y en todos los casos citados no es de aplicación la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO de 3 de octubre de 2003) dado que el supuesto de aplicación de la misma es que el reagrupante es un extranjero con residencia legal y los miembros de la familia son también extranjeros. Excluye expresamente su aplicación a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión (art. 3.3).

económica (libre circulación) en la que fundar el derecho de residencia, el Tribunal no menciona el derecho "político" de la ciudadanía. Y que esta base más general es la que permite igualar al conjunto de nacionales de los Estados miembros. El resultado práctico en ambos casos es el mismo: los hijos —cualquiera que sea su nacionalidad—, el cónyuge divorciado o no, y el trabajador migrante —aunque ya no lo sea—, todos conservan su derecho de residencia indefinida en el Estado de acogida, cualesquiera que sean pues sus vicisitudes personales y laborales a fin de lograr el pleno respeto a sus opciones de vida de familia.

4.2. Conducta delictiva del cónyuge, injerencia en la vida familiar y derecho de residencia.

En el asunto *Akrich*¹⁸ se suscitan varias cuestiones de interés. *Akrich* es un marroquí que entra en el Reino Unido en 1989 como turista con un permiso de un mes; sobrepasa ese tiempo y después solicita una autorización de residencia como estudiante, que le fue denegada al igual que su recurso. Incurrió en varios delitos y fue condenado y deportado a Argelia en 1991. Volvió en 1992 al R.U. con documentos falsos. Poco después fue detenido y expulsado y volvió una vez más de forma clandestina en ese mismo año. Residió ilegalmente durante varios años; en 1996 contrae matrimonio con una británica, solicitando residencia legal en su condición de cónyuge de un nacional británico. Los servicios de inmigración le detienen en enero de 1997; en junio su esposa se va a trabajar a Irlanda y en agosto le expulsan ... a Irlanda. A mediados del 1998 solicitan permiso de entrada en el R.U. al tener ella una oferta de empleo en su país e invocan en su favor la citada sentencia *Singh*. Fueron entrevistados por funcionarios británicos en la Embajada de ese país en Dublín; y le fue denegada la revocación de la orden de expulsión y con ello la entrada al estimar el Ministerio del interior que el traslado a Dublín fue una ausencia temporal destinada deliberadamente a crear un derecho de residencia a favor del Sr. *Akrich* y eludir las normas británicas.

Su recurso contra esa decisión de Interior ante la autoridad de Inmigración fue estimado, a pesar de reconocer que el traslado a Irlanda es intencionado para poder ejercitar derechos comunitarios que les permitieran regresar al R.U., pero formalmente el ejercicio efectivo de tales derechos no se ve desvirtuado por las intenciones de los cónyuges ni el señor *Akrich* constituía una amenaza real y suficientemente grave para el orden público que justificara la orden de expulsión. El Ministerio del Interior recurrió esa decisión de los Servicios de Inmigración y el tribunal de apelaciones de inmigración desea averiguar cuál es el alcance de la sentencia *Singh* en relación con este caso.

¹⁸ TJCE, sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Akrich*, C-109/01.

Para el TJCE el abuso se cometería si el matrimonio fuera de conveniencia, pues entonces si que se eludirían las normas de entrada y residencia; pero no hay abuso cualesquiera que sean los motivos que impulsen a un trabajador a buscar trabajo en otro Estado miembro. Esos motivos son siempre irrelevantes.

El art. 10 del Reglamento 1612/68 condiciona el derecho del cónyuge a que resida legalmente en el Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra. Pero esa situación no puede disuadir a la esposa de ejercitar los derechos de circulación. Pero cuando regresa al Estado de origen, si su cónyuge dispone de un permiso de residencia válido, también se aplica el art. 10. Por otra parte, aunque no reúna los requisitos del art. 10, lo que importa es que el matrimonio sea auténtico pues entonces lo que debe tenerse en cuenta es el derecho al respeto a la vida familiar (art. 8 CEDH), por lo que excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar. Este derecho de agrupación familiar tiene ciertos límites, pero el Estado debe justificar la negativa en situaciones previstas por la ley, motivadas por finalidades legítimas (necesidad social imperiosa) y proporcionadas a esa finalidad.

El derecho fundamental acaba triunfando incluso cuando no se reúnen los requisitos del Derecho comunitario.

4.3. Derecho de residencia de la progenitora extranjera de una ciudadana de la UE

El caso *Chen*¹⁹ es sorprendente e insólito en muchos aspectos. Un matrimonio chino, con residencia en China y empresas con actividades de exportación, decide que la esposa embarazada de su segundo hijo (una niña, lo que debe situarse en el contexto de la restrictiva política demográfica china) se traslada al Reino Unido, en concreto a Belfast, donde nace la hija. La intención de estos pasos es clara: obtener la nacionalidad irlandesa de conformidad con una generosa ley irlandesa que la otorga a toda persona nacida en la isla de Irlanda (lo que incluye obviamente Irlanda del Norte). Por este hecho, la niña ha perdido todo derecho a ser china. Poco después, la madre solicita el permiso de residencia en el R.U. para su hija y para ella en el ejercicio del derecho que tiene su hija a la libre circulación; como se puede comprender, su hija depende en todo de la madre, quien prueba tener recursos suficientes para sostener a la hija y ser ambas titulares de un seguro de enfermedad.

En ningún momento del proceso el Gobierno británico cuestionó la nacionalidad concedida por Irlanda aunque la considera "artificial", pues podía haber intentado la alegación de falta de efectividad para no reconocerla al amparo del Derecho Internacional consuetudinario, pero no lo hizo²⁰. La falta de vínculo real y efectivo es

¹⁹ TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, *Secretary of State for the Home Department c. Catherine Zhu y Lavette Chen*.

²⁰ En qué medida influyera en el Gobierno británico la disuasoria sentencia *Micheletti* en la que el TJCE no apreció en ningún momento el principio de efectividad es una incógnita.

evidente. Pero lo que sí adujo es que el nacimiento en esas circunstancias "constituye un intento de utilizar de forma abusiva las normas de Derecho comunitario".

El TJCE da por buena la nacionalidad recordando su jurisprudencia *Micheletti* que hemos tratado en la introducción a este trabajo: la calificación o determinación de la nacionalidad es una competencia de cada Estado, por lo que otros Estados son pueden limitar los efectos jurídicos de la atribución de la nacionalidad llevada a cabo por otro Estado miembro. El Reino Unido no puede impedir que los nacionales de otros Estados, como es el caso de la irlandesa Catherine Zhu, ejerzan una libertad fundamental —el libre desplazamiento al R.U.— sólo por el hecho de que la adquisición de la nacionalidad tenía por objeto obtener la residencia de un nacional de un Estado tercero (la madre Chen).

Para el Abogado General lo que importa para determinar si hay abuso de derecho —figura que sólo debe ser admitida de forma excepcional— es si ha habido una distorsión de la finalidad y de los objetivos de la norma comunitaria que confiere el derecho. Y no hay tal pues la finalidad de las normas de libre circulación es eliminar trabas a ese derecho y lo único que importa es que al ejercerlo no se constituya en una carga para el Estado de acogida. Se trata de personas, en opinión del Abogado General, que "conociendo el contenido de las libertades establecidas por el Derecho comunitario, las invocan, con medios legítimos, precisamente para conseguir el objetivo que la norma comunitaria pretende garantizar, a saber, el derecho de residencia de la niña".

El Reino Unido alega para rechazar el permiso de residencia que la situación es puramente interna ya que, aunque irlandesa, ha nacido en el R.U. y con su edad —ocho meses— no ejerce ningún derecho del Tratado.

Para el Tribunal basta el hecho de su nacionalidad irlandesa para aceptar que le son aplicables las disposiciones del Tratado y su aptitud para ser titular del derecho de libre circulación y residencia no puede supeditarse a alcanzar una determinada edad o edad mínima; el Abogado General distingue entre la capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar, es decir de realizar actos que surtan efectos jurídicos, de la que carece, pero en estos casos el ordenamiento jurídico encarga a otros sujetos (padres, tutores) que decidan sobre el ejercicio de los derechos de los que es titular el menor.

El Tribunal rechaza que la niña pueda obtener el derecho de residencia permanente como destinataria en el R.U. de servicios de puericultura y de servicios médicos al amparo de la Directiva 73/148. En cambio, encuentra el fundamento de su derecho de residencia en la institución misma de la ciudadanía de la UE (art. 18 TCE). Tener recursos suficientes y un seguro médico son los requisitos exigidos al ciudadano de la UE, si bien por la edad, no se le deben requerir a la propia interesada, como sí exigen Irlanda y Reino Unido. Para el Tribunal la Directiva 90/364 no establece exigencia alguna sobre el origen o procedencia de los recursos y estas normas sobre principios fundamentales deben interpretarse en sentido amplio. Una interpretación diferente

sería contraria al principio de proporcionalidad que rige con carácter general la aplicación del Derecho comunitario.

Pero todavía no hemos tratado el derecho de residencia de la madre; tenemos el de la niña, pero no el de la progenitora. Para el Abogado General su caso no cuadra en las Directivas 73/148 y 90/364 pues no es ascendiente a cargo del titular, sino justamente la situación contraria. Su derecho sería en todo caso derivado. Ahora bien ni el Abogado General, ni el Tribunal vinculan el derecho de residencia de la madre al derecho fundamental, común denominador de muchas sentencias glosadas, al derecho a la vida familiar; pero no cabe duda de que es el sustrato de base de la solución del litigio, si bien limitado su fundamento en la institución de la ciudadanía de la Unión.

Sin embargo, el Tribunal se inclina a estimar que la progenitora de un ciudadano de la UE de corta edad es también titular del derecho de libre circulación y residencia a los efectos de que pueda vivir con el menor, pues de otra forma el ciudadano vería obstaculizado su derecho propio como consecuencia de que algunos de sus parientes próximos son extranjeros. Si se priva a la progenitora del derecho de residencia se priva de todo efecto útil al derecho de residencia de la niña.

5. LA PROYECCIÓN DE LA PRÁCTICA SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FAMILIA EXTRANJERA DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN: LA DIRECTIVA 2004/38

Ya se ha señalado que la Directiva 2004/38 refunde un conjunto de Directivas en vigor y codifica la interpretación jurisprudencial del TJCE. Hace visible y accesible a los ciudadanos comunitarios y sus familias los derechos que pueden deducir del Derecho comunitario. En el recorrido por sus disposiciones principales se puede ver la huella que ha dejado la práctica jurisprudencial examinada. Ya me he referido al concepto de familia que consagra. Ahora resumiré el contenido material en el que se plasma la práctica de estos años.

La familia extranjera de un ciudadano de la UE tiene derecho a entrar y salir del territorio de un Estado miembro; el documento de viaje requerido es un pasaporte válido o la tarjeta de residencia. No se les puede requerir visado de salida. Si no tienen la tarjeta de residente y presentan un pasaporte válido, el visado de entrada se les requerirá si así lo exige la legislación interna del Estado o el Reglamento 539/2001, pero las autoridades naciones deben facilitarles su obtención y serán gratuitos para los familiares del ciudadano comunitario. Luego, si ya tienen la tarjeta de residente no precisan visado alguno.

Tienen derecho a residir por un período de hasta tres meses sin necesidad de realizar formalidad alguna, si bien deben notificar su presencia en el territorio en un plazo razonable.

Residencia por períodos superiores a tres meses: Sólo podrán residir por un tiempo superior a tres meses si el ciudadano de la Unión, de cuya familia forman parte, reúne los requisitos del derecho de residencia para estos períodos (tener una actividad económica, o recursos suficientes y seguro médico, o estudiante provisto de un seguro médico).

El Estado de acogida puede exigir el previo registro para expedir estos permisos de residencia; y expedirán una "tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión". Cuando la permanencia es superior a tres meses están obligados a solicitar esa tarjeta, caso contrario se les puede imponer una sanción que habrá de ser proporcionada y no discriminatoria.

La residencia permanente (y su tarjeta identificativa correspondiente) la pueden solicitar después de cinco años de residencia continuada con el ciudadano comunitario en el Estado de acogida. Si el ciudadano es un trabajador por cuenta propia o ajena ese período puede ser inferior a cinco años en determinadas circunstancias. Una vez adquirida la residencia permanente, se perderá este derecho después de dos años de ausencia continuada del Estado de acogida.

Protección de los miembros de la familia ante situaciones de fallecimiento, divorcio o anulación de matrimonio o unión de hecho: Los familiares extranjeros mantendrán su residencia en caso de fallecimiento del ciudadano o de ausencia del territorio de acogida si residieron al menos un año antes de su fallecimiento. Si los hijos residen en el Estado de acogida y están matriculados en un centro educativo, mantendrán el derecho de residencia para ellos y para el progenitor que tenga su custodia, cualquiera que sea la nacionalidad de todos ellos, hasta la finalización de sus estudios.

El divorcio, la anulación del matrimonio o el fin de la unión registrada no supondrán la pérdida de la residencia si la unión tuvo una duración de tres años, al menos uno en el Estado de acogida, o la custodia haya sido encomendada al cónyuge que no posee la ciudadanía de la UE, o en circunstancias especialmente graves como haber sido víctima de violencia doméstica o cuando el derecho de visita de los hijos menores tenga lugar en el Estado de acogida.

Además del derecho de libre desplazamiento por la UE, y la residencia en el Estado de acogida, podrán desempeñar una actividad laboral por cuenta propia o ajena. Gozarán de igualdad de trato en todos los ámbitos de aplicación del Tratado, con posibles restricciones en los tres primeros meses de residencia o más para quien busque empleo en relación con las prestaciones de asistencia social o ayudas de manutención consistentes en becas préstamos de estudios.

El orden público, la seguridad pública y la salud pública son los motivos que pueden limitar el derecho de entrada y el derecho de residencia para los ciudadanos y sus familias, cualquiera que sea su nacionalidad. Estas medidas siempre se deberán ajustar al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del

interesado. La existencia de condenas anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. Y esa conducta personal deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

En caso de expulsión de los beneficiarios del derecho de residencia se tendrá en cuenta su grado de integración, duración de la residencia en el Estado de acogida, edad, estado de salud y situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen. A mayor integración mayor protección frente a la expulsión, como es el caso de ciudadanos con residencia permanente y sus familias, cualquiera que sea su nacionalidad. Con carácter general no se expulsará a menores de edad a fin de salvaguardar sus relaciones familiares, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, de conformidad con la Convención de Niño, de 20 de noviembre de 1989.

La nueva normativa recoge la idea de la temporalidad de la expulsión de ciudadanos UE y miembros de su familia. La nueva solicitud de entrada se puede presentar en un plazo razonable en función de las circunstancias y en todo caso tras 3 años después de la ejecución definitiva.

La nueva Directiva que entrará en vigor a partir de mayo de 2006 incluye una serie de garantías procesales (notificación por escrito, instancia de recurso, plazos, tutela judicial efectiva) y el principio de motivación suficiente (con precisión y en extenso).

En definitiva, en los próximos meses deberíamos ser testigos de la adopción en España de un nuevo Real Decreto sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros y de sus familias para acomodarse a la Directiva 2004/38. Sería de agradecer que en su titulación del nuevo Decreto, en armonía con la Directiva y su terminología, además de mencionar a la ciudadanía de la Unión, incluya expresamente la mención a sus familias; igualmente debería sustituir el sustantivo permanencia por el más jurídico de residencia. Y naturalmente confiamos en que sea respetuoso con el espíritu de la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, bastante más de lo que ha sido el RD 178/2003 sobre el que recayeron al menos dos sentencias del Tribunal Supremo anulando diversos párrafos²¹ y se adoptó sin tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal comunitario.

²¹ TS, sentencias de 10 de junio de 2004 y de 9 de febrero de 2005 (Sala de lo C.A.).